

# Der funktionsfähige Staat

---

Lino Munaretto

2021-04-08T10:44:09

Die „Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“ ist zum Pauschalargument geworden, das die Freiheitsrechte dauerhaft zu untergraben droht. Gerichte dürfen dem Argument der Funktionsfähigkeit (grundlegend hierzu: *Lerche*, BayVBl. 1991, S. 517 ff.) nicht dauerhaft nachgeben, sondern müssen wieder durchsetzen, dass der Staat so „funktioniert“, wie er zur Achtung der Grundrechte *funktionieren sollte*.

## Die Plausibilität des „Funktionsfähigkeitsarguments“

Als Verwaltungsgerichte die ersten Lockdown-Maßnahmen des vergangenen Jahres auf ihre Verhältnismäßigkeit hin kontrollierten, gingen sie lehrbuchmäßig vor. Zur Rechtfertigung der massiven Eingriffe in die Freiheiten der Bürger verlangten sie vom Ordnungsgeber die Benennung legitimer Zwecke. Der Staat sollte sein Handeln angesichts der Intensität der Eingriffe gut begründen. Der zentrale Zweck, der bis heute handlungsleitend bleibt, ist die Sicherung der „Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“. Man findet eben jene Formulierung auch in dem vom Bundesgesetzgeber neu geschaffenen § 28a des Infektionsschutzgesetzes wieder, wo es im dritten Absatz heißt, dass die Maßnahmen „insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten“ seien.

Der Schutz der Verfassungsgüter Leben und Gesundheit (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) stellt grundsätzlich immer einen legitimen Eingriffszweck dar. Und wenn es funktionierender öffentlicher Einrichtungen bedarf, um diese Rechtsgüter zu schützen, dann muss offenbar das Interesse am Erhalt der Funktionsfähigkeit ein entsprechendes Gewicht in einer grundrechtlichen Abwägung erhalten. Das insoweit plausible „Funktionsfähigkeitsargument“ hat sich deshalb als äußerst schlagkräftig erwiesen und dazu beigetragen, dass viele Maßnahmen gerichtlich gehalten haben (siehe u.a.: [VGH Kassel \(8. Senat\), Beschluss vom 08.04.2020 – 8 B 910/20.N](#), Rn. 51; [OVG Saarlouis \(2. Senat\), Beschluss vom 22.04.2020 – 2 B 128/20](#), Rn. 29). In der Abwägung mit den Freiheitsrechten sticht der Trumpf „Funktionsfähigkeit“ sehr erfolgreich. Die „Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“ rechtfertigt auch die [umstrittene Ausrichtung des staatlichen Handelns an bestimmten Inzidenzwerten](#). Denn die Gesetzes- und Verordnungsbegründungen legen der Festlegung der Inzidenzwerte die Kapazitäten der Gesundheitsämter zugrunde. Die Ämter, so die Einschätzung der Politik, seien ab einer bestimmten Inzidenz X nicht mehr in der Lage, die Kontakte der Infizierten nachzuverfolgen. Ab diesem Punkt wird ein Eintritt der Funktionsunfähigkeit prognostiziert und diesen gelte es zu vermeiden.

Bedenklich ist hieran, dass der Topos von der „Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“ Sachzwänge und normative Gründe, die das staatliche

Handeln anleiten, miteinander vermengt. Rückfragen sind berechtigt: Greift der Staat in Freiheitsrechte ein, weil er begrenzt funktionsfähig ist (Sachzwang) oder weil er den Gesundheitsschutz (rechtliche Pflicht) erfüllt? Beides hängt eng miteinander zusammen. Und dennoch sind beide Gründe argumentativ zu trennen, weil der Gesundheitsschutz normativ gleich wichtig bleibt, die Funktionsfähigkeit der Gesundheitsämter und anderer Einrichtungen aber ein Faktum ist, dass sich verändern lässt. Funktionsfähigkeit und Gesundheitsschutz sollten daher nicht in einer Blankettformel verkoppelt werden, in der die Trennlinie zwischen Sachzwängen und normativen Imperativen zu verschwimmen droht. Der Blick auf wichtige Fragen und Differenzierungen bleibt dadurch nämlich verstellt.

## Recht und Wirklichkeit

Sich mit dem Argument der Funktionsfähigkeit kritisch auseinanderzusetzen führt zurück auf eine grundlegende Frage über das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit, in der sich zwei Positionen einnehmen lassen. Die eine geht davon aus, dass sich das Recht (*Sollen*) daran auszurichten habe, was *funktioniert*, *ergo*: was der Staat und seine Organe leisten *können*. Jürgen Habermas hat an einem so verstandenen „Möglichkeitsvorbehalt“ zu Recht kritisiert, dass er die „Funktionsfähigkeit“ als „funktionalen Imperativ“, also letztlich die bloße Faktizität zur Norm aufwerte (*Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 316, 562). Der Gegenstandspunkt formuliert an das Recht die Erwartung, Ideale und Werte bereitzustellen, an die sich dann seine Adressaten, hierunter auch der Staat, anzupassen hätten. Der Staat könne nicht vorschieben, dass seine Funktionsfähigkeit nicht ausreicht, um das Recht zu erfüllen, sondern müsse seine Funktionsfähigkeit entsprechend steigern.

Man wird in diesem Spannungsfeld einem Mittelweg folgen müssen, der weder einseitig das Recht der gegebenen staatlichen Funktionsfähigkeit unterwirft noch andersherum das Recht und seine Geltung von der Wirklichkeit funktionierender staatlicher Institutionen entkoppelt. Dass ein Staat, der unvorbereitet von einer Pandemie getroffen wird, nicht *ad hoc* „funktioniert“, sondern sein „Funktionieren“ erst auf die plötzliche Krise einstellen muss, sollte eine Verfassungsordnung respektieren können, ohne sogleich das Verdikt des Rechtsbruchs aussprechen zu müssen. Doch wie lange kann dieses Argument überzeugen? Muss das Argument von der Funktionsfähigkeit nicht irgendwann seine Bedeutung verlieren, wenn staatliche Organe genug Zeit hatten, sich auf eine pandemische Lage einzustellen? Wann ist der Punkt erreicht, an dem man vom Staat erwarten kann, seine Funktionsfähigkeit an die neuen Bedürfnisse anzupassen?

## „Versagen des Staates“

Das Handeln an Inzidenzwerten als Indikator für die Überlastung der Kapazitäten des Gesundheitswesens auszurichten, stellt am Beginn einer Pandemie noch eine zulässige Typisierung dar. Wenn aber die Pandemie weiter fortgeschritten ist, besteht kein Grund mehr, eine ungenaue Grobtypisierung beizubehalten. Jede Typisierung muss an Lernfortschritte angepasst werden. Und die Gesundheitsämter, die nicht auf eine Pandemie eingestellt waren, sollten mittlerweile besser

funktionieren. Das Bundesverfassungsgericht weist in ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass Grundrechte nicht nur in dem Rahmen dessen gelten dürften, was an Verwaltungseinrichtungen bereits vorhanden ist (BVerfGE 15, 288 (296); BVerfGE 34, 369 (380 f.)). Daher müssen Untersuchungshäftlinge freigesetzt werden, wenn die Justiz das Verfahren gegen sie nicht hinreichend beschleunigt. Dass die Freigesetzten eine potenzielle Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen könnten, tritt angesichts des schweren Freiheitseingriffs in den Hintergrund. Die Justiz kann sich in diesem Fall nicht darauf berufen, ihre Funktionsfähigkeit sei eingeschränkt – trotz faktischer Überlastung der Staatsanwaltschaften und Gerichte. Das Bundesverfassungsgericht hat es in seiner Rechtsprechung bei dem Hinweis belassen, die „staatlich verfasste Gemeinschaft“ müsse für eine ausreichende Ausstattung sorgen und nebenbei ein „Versagen des Staates“ festgestellt ([BVerfGE 36, 264 \(275\)](#); [BVerfG NJW 2006, 668 \(671\)](#)). Das gleiche sollte nach einem Jahr Pandemie auch für den Aufbau ausreichender Kapazitäten von Gesundheitsämtern, Schnelltests und Impfdosen gelten. Nachvollziehbar ist vor diesem Hintergrund der Hinweis des ehemaligen Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts, [Ferdinand Kirchhof, in einem WELT-Interview vom 3. April 2021](#): „Allein um staatliche Therapieeinrichtungen nicht zu überlasten, dürfen die Grundrechte des Bürgers nicht beschränkt werden. Da muss der Staat dann schlicht mehr Einrichtungen schaffen.“

## Kontrollichte erhöhen

Verwaltungsgerichte und zuletzt auch das Bundesverfassungsgericht, das die Verfassungsmäßigkeit von § 28a IfSG noch überprüfen wird, sollten daher nicht unbedacht mit dem Argument der Funktionsfähigkeit operieren, um Gesetzgeber und Verwaltung freie Hand zu lassen.

Zunächst sollte sichergestellt werden, dass die Funktionsfähigkeit tatsächlich bedroht ist, bevor man die Einschränkung von wichtigen Freiheitsrechten einfach hinnimmt. Gerichte werden respektieren müssen, dass der Gesetzgeber und die Verwaltung über das sachnähere Wissen verfügen und eine Einschätzungsprärogative über ihre Funktionsfähigkeit haben. Schreitet die Pandemie weiter fort, dürfen Gerichte aber auch kritisch nachprüfen, ob die verantwortlichen Organe tatsächlich in ihrer Funktionsfähigkeit begrenzt sind oder ihre Kapazitäten bloß ungenutzt bleiben.

Gerichte sollten auch kritisch prüfen, welches Maß an Funktionsfähigkeit, überhaupt rechtlich geboten ist und – soweit das Recht hierzu schweigt – von den politischen Organen eine klar begründete Entscheidung einfordern, welches Maß an Funktionsfähigkeit als politisches Ziel gesetzt worden ist. Denn das denkbare Spektrum der Funktionsfähigkeit ist weit und lässt graduelle Abstufungen in der Qualität zu. Ein *optimal funktionierendes* Gesundheitswesen hält für jeden Bürger einen Platz auf einer Intensivstation bereit. Ein *durchschnittlich funktionierendes* Gesundheitssystem fängt nur kleinere Belastungsspitzen auf, bietet aber keine absolute Sicherheit vor außergewöhnlichen Ereignissen wie einer schweren Grippewelle oder einer Pandemie. Das Grundgesetz lässt in der Wahl möglicher Systeme dem Gesetzgeber einen relativ weiten Spielraum. Welches Maß an

Funktionsfähigkeit erreicht werden soll, muss die Politik innerhalb dieses Spielraums aber klar benennen, will sie in Freiheitsrechte eingreifen. Nur dann kann ein Gericht ihr die Berufung auf dieses Ziel „durchgehen“ lassen. Erst, wenn dieses Ziel klar benannt ist, kann ein Gericht rechtssicher prüfen, ob eine Maßnahme verhältnismäßig ist. Bislang hat die Politik solche Begründungen vermissen lassen. Mal liegen die ausgerufenen Inzidenzwerte bei 50, dann bei 100, dann wieder bei 30. Mit der tatsächlichen Funktionsfähigkeit der Gesundheitsämter können diese ständig ausgewechselten Inzidenzwerte wohl kaum noch etwas zu tun haben. Mit was aber dann?

Wenn klar begründet ist, welches Maß an Funktionsfähigkeit man erreichen will und wenn deren Erhalt bedroht ist, sollte kritisch überprüft werden, ob den staatlichen Organen, die für den Erhalt die Verantwortung tragen, Versäumnisse anzulasten sind. Ist dies der Fall, darf die mangelnde Funktionsfähigkeit langfristig nicht als Argument für Freiheitseingriffe herhalten. Es verhält sich dann wie bei einem Untersuchungshäftling, der nicht über Jahre in Haft belassen werden darf, nur weil der Gesetzgeber versäumt, genügend Mittel für die Justiz bereitzustellen.

Gerichte müssen nach über einem Jahr Pandemie dazu übergehen, das Funktionsfähigkeitsargument kritischer zu überprüfen und die Rechtfertigungslast der politisch verantwortlichen Organe erhöhen. Im Zweifel stehen Rechte nicht unter einem Vorbehalt der Funktionsfähigkeit, sondern der Einzelne hat ein Recht auf einen funktionsfähigen Staat.

